

Sidney Duran: O equívoco no 'caso Flávio Bolsonaro'

30/06/2020

Um dos primeiros casos de aplicação de foro por prerrogativa que nos relata a história é o relativo ao julgamento do Apóstolo Paulo, que seria julgado pelas autoridades da Judeia, mas que em razão de possuir nacionalidade romana "apelou a César". Por isso, foi enviado a Roma, para que perante César fosse julgado após o devido processo, fator de diferenciação entre aqueles que possuíam, ou não, a cidadania romana.



"A eles respondi que não é costume dos romanos

condenar quem quer que seja, sem que o acusado tenha presentes os seus acusadores e possa defender-se da acusação" (Atos 25:16).

De fato, já nos rememora a História que a questão de foro por prerrogativa é obviamente uma forma de diferenciar alguns cidadãos, o que seria inconcebível com olhos em princípios republicanos, mas consubstanciou-se historicamente nas repúblicas para proteger aqueles que ocupam altos cargos, pois, em tese, estaria também sujeito a ação de inimigos poderosos. Seria, portanto, uma defesa ao cargo e não ao seu detentor.

Sustenta-se a viabilidade do foro por prerrogativa de função em uma república — onde todos deveriam ser iguais perante a lei e, assim sendo, todos deveriam estar sujeitos ao princípio do juiz natural — com esteio na aplicação do princípio da isonomia, tratando-se de forma desigual os desiguais [\[1\]](#).

A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais (GRINOVER et. al, 2010, p. 59-60).

Como podemos verificar, as justificativas para manter-se em nosso ordenamento jurídico o foro por prerrogativa de função partem de elementos práticos e teóricos, atraindo parte de nossa academia para a discussão do tema, que tem rendido acalorados debates também em toda a sociedade.

Muitos são contra o foro por prerrogativa de função, fato este que deu início em nosso Estado a uma grande campanha para acabar com o foro especial, alegando que o mesmo serviria apenas para proteger aqueles que utilizam de suas elevadas funções públicas para cometer crimes, não distanciando-se essa visão daquilo que já previa Rousseau [2].

"(...) Quando os interesses particulares começam a fazer-se sentir e as pequenas sociedades a prevalecer sobre a grande, o interesse comum perde-se (...) e são aprovados, sob o nome de leis, decretos iníquos que têm por finalidade apenas o interesse particular" (ROUSSEAU, p 116. 2016).

Nessa toada de discussões, contra e a favor do foro por prerrogativa de funções, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 937, em maio de 2018, decidiu relativizar a abrangência do foro por prerrogativa de função previsto na CF/88.

A nossa Constituição Federal, em diversos de seus artigos, afirma a prerrogativa de foro especial a autoridades, como o artigo 29, X, que trata do foro para prefeitos; o artigo 53, § 1º, deputados federais e senadores; artigo 102, I, "b", presidente, vice-presidente, ministros e membros do Congresso Nacional, bem como muitos outros dispositivos que tratam deste tema.

Portanto, a questão do foro por prerrogativa é normativa, mas nem por isso encerra a discussão quanto a sua admissibilidade em todos os casos e circunstâncias, como poderemos extrair do voto do ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da questão de ordem na AP 937:

"A primeira diz respeito à possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, i.e., após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, i.e., que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado" (Questão de Ordem, AP 937).

O ministro Barroso em seu voto já explicita a necessidade e possibilidade de conferir interpretação restritiva à normatividade constitucional, quando da análise do foro por prerrogativa de função, chegando à conclusão de que o foro por prerrogativa necessita ser limitado e precisam ser estabelecidos critérios de fixação temporal de competência. É o que extraímos já na ementa do *decisum*:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA" (Questão de Ordem, AP 937).

A pacificação quanto à adoção do foro por prerrogativa de função nos casos concretos é de grande importância para o exercício da Justiça na esfera criminal. Portanto, de grande valia ao penalista ter o Supremo assentado claras situações em que o foro especial deve ser adotado, pois questões de competência, por certo, devem ser clarificadas sob pena de ocasionarem nulidades.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa de função deve ser adotado nos casos em que os fatos imputados se deram no exercício do cargo ou em razão dele, ou seja, excluídos os fatos que não possuem relação com o exercício do cargo daquele que possui foro especial. Um fato típico relativo à violência doméstica, por exemplo, não estaria abarcado pelo foro por prerrogativa; já o pagamento de valores para benefício futuro, quando o titular vier a exercer o cargo, estaria entre os casos de atração da competência especial.

Outra questão pacificada no julgamento da AP 937 foi quanto ao termo de fixação da competência, pois, em muitos casos, a assunção ou saída do cargo ensejavam a alteração da competência, o que acabava dificultando o tramite processual e retardando atos e etapas processuais, vejamos:

"A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais — do STF ou de qualquer outro órgão — não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes" (AP 937).

Fixou-se junto ao Supremo Tribunal Federal a tese de que, após o fim da instrução, a competência se perpetua ao juízo que atua naquele momento, ou seja, se após as alegações finais a autoridade deixa de ocupar o cargo que lhe garante o foro por prerrogativa de função, o processo continua a ser julgado pelo juízo ou tribunal em que se encontra.

Em suma, o julgamento da questão de ordem na AP 937 passa a delinear claramente as condições de aplicação do foro por prerrogativa de função aos casos concretos, e contém uma didática inequívoca (um dos possíveis elogios à ao relatório do ministro, concorde-se ou não com a decisão), sendo passível de compreensão e aplicação até mesmo aos estudantes da graduação que, num primeiro momento, deparam-se com a matéria da competência, e situações de alteração da definição do órgão jurisdicional responsável pela "parcela da jurisdição", incluindo-se as discussões sobre a competência *ratione personae*.

Nos dias atuais, em razão da questão envolvendo o senador Flávio Bolsonaro, no processo penal popularmente conhecido como o "escândalo das rachadinhas", no qual se apura a apropriação de parte dos salários dos assessores do outrora deputado estadual, houve decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro alterando a competência da primeira instância para o Tribunal de Justiça, em razão de os fatos terem, em tese, ocorridos no período em que o atual senador era deputado estadual.

Ao que nos parece, a decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vai na contramão do entendimento do Supremo Tribunal Federal estabelecido após o julgamento da questão de ordem na AP 937. No caso em espécie, o fato de que o indigitado investigado foi eleito senador não possui qualquer relevância jurídica quanto ao estabelecimento da competência, pois é certo que os fatos apurados não guardam qualquer relação ao seu mandato atual.

No caso, os fatos apurados são relativos ao período em que o senador Flávio Bolsonaro ocupava o cargo de deputado estadual, cargo este que deixou de ocupar ao ser eleito senador, portanto, não existe mais a possibilidade de julgamento pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em razão de que o acusado não mais se encontra exercendo a função de deputado estadual. É evidente, que com o término do mandato de deputado estadual, a competência para apurar supostos ilícitos penais é da primeira instância, e não do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, sendo este até então o entendimento uníssono do próprio Tribunal estadual [3].

A decisão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no caso em análise decerto causa ainda mais espécie, pois vai de encontro a entendimento unânime e já solidificado no próprio Tribunal de Justiça.

Em análise a tais fatos, podemos crer que a decisão que alterou a competência no caso em comento foi equivocada, pois, primeiro, viola entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal que estabelece que apenas os fatos ocorridos no exercício do cargo ou em razão deste devem atrair o foro especial; e segundo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro estabelece já há muito em sua jurisprudência que, após deixar o cargo de deputado estadual, não mais há que se falar em foro por prerrogativa de função. Assim sendo, sob os aspectos tratados e diante da ótica processual vigente, a decisão que alterou a competência deve ser revertida nas instâncias superiores, caso a parte interessada se insurja, pois certamente contraria o entendimento dominante acerca da matéria, preservando-se regras objetivas de fixação da competência por prerrogativa de função.

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010;

[2] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. 1ª Ed. Vol. 631. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2016;

[3] Procedimento Investigatório instaurado para apuração do crime de ameaça alegadamente praticado por Deputada Estadual. Competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar crimes comuns praticados por Deputados Estaduais Constituição do Estado do Rio de Janeiro, arts. 102 § 4º e 161, IV, d, item 2. Investigada que não mais exerce o mandato de Deputada Estadual, como se vê do resultado de votação anexado ao procedimento instaurado, circunstância de que decorre o debate a propósito da competência do Órgão Julgador – no caso,



ratione personae, e, portanto absoluta, que precede a qualquer outro na dicção do próprio RITJRJ. De outro modo, é firme o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça no sentido de que: "AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PROCURADOR DO ESTADO. FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE DEMISSÃO. CESSAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. FEITO QUE SE PÕE EM MESA, ART. 50, §2º, m, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO. UNANIMIDADE. (Ação Penal nº 0041086-63.2011.19.0000, TJ-RJ, ÓRGÃO ESPECIAL, rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, julgado em 2/4/2012). Precedentes, ademais, do Supremo Tribunal Federal. Competência de que se declina em favor da do XVIII Juizado Especial Criminal Regional de Campo Grande da Comarca da Capital.

(TJ-RJ - PROCEDIMENTO INVESTIGATORIO DO MP (PECAS DE INFORMACAO): 00102905020158190000 RJ 0010290-50.2015.8.19.0000, Relator: DES. MAURICIO CALDAS LOPES, Data de Julgamento: 30/03/2015, OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL, Data de Publicação: 6/4/2015 14:34)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jun-30/sidney-duran-equivoco-flavio-bolsonaro/>